

zur Verfügung stünde. Im Übrigen dürfte der endgültige Entscheid darüber, ob der Beschwerdeführer durch sein Verhalten auf das angerufene Beweismittel verzichtet habe, ohnehin vom Kantonsgericht zu treffen sein, das ja an die prozessleitenden Verfügungen des Referenten nicht gebunden ist (§ 154 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Damit ist aber die Beschwerde an die Justizkommission auch insoweit ausgeschlossen. Dementsprechend kann auch auf den Beschwerdeantrag 2 nicht eingetreten werden.

Justizkommission, 11. November 2004

*§ 129 Ziff. 3 ZPO – Die Frage nach der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes im Firmenrecht entscheidet sich ausschliesslich nach dem kantonalen Prozessrecht. Beim Erlass vorsorglicher Massnahmen ist Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre.*

*Aus den Erwägungen:*

1. Nach § 129 Ziff. 3 ZPO – auf welche Bestimmung sich das vorliegende Gesuch stützen lässt – kann der Gerichtspräsident auf Begehren einer Partei und sofern die Berechtigung der Verfügung glaubhaft gemacht wird, Verfügungen treffen, die dazu dienen «andere als auf Geld oder Sicherheitsleistung gerichtete fällige Rechtsansprüche zu schützen, wenn bei nicht sofortiger Erfüllung ihre Vereitelung oder eine wesentliche Erschwerung ihrer Befriedigung zu befürchten ist oder dem Berechtigten ein erheblicher, nicht leicht zu ersetzender Schaden oder Nachteil droht». Glaubhaft zu machen sind der Anspruch, dem durch eine vorsorgliche Massnahme einstweiliger Rechtsschutz gewährt werden soll, und der Verfügungsgrund, d.h. die Gefährdung dieses Anspruchs bei nicht sofortigem vorsorglichem Eingreifen des Richters (Meier, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, Zürich 1982, S. 132 ff.). Glaubhaftmachen heisst, dass der Richter nicht von der Richtigkeit der aufgestellten tatsächlichen Behauptungen überzeugt sein muss, vielmehr genügt es, dass aufgrund objektiver Anhaltspunkte eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die fraglichen Tatsachen besteht. Ungenügend ist hingegen eine bloss unbestimmte oder entfernte Möglichkeit eines rechtswidrigen Verhaltens (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, N 5 zu § 110 ZPO-ZH). Der Gesuchsgegner kann das Glaubhaftmachen des Gesuchstellers zerstören, indem er seinerseits glaubhaft macht, dass der Anspruch nicht bestehe. Will der Gesuchstel-

ler dies verhindern, muss er darlegen, dass sein Standpunkt trotz der Vorbringen des Gesuchsgegners noch glaubhafter sei (Meier, a.a.O., S. 147). Nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit dürfen nur zur Abwendung der Gefahr notwendige und geeignete Massnahmen angeordnet werden; von mehreren möglichen ist stets die mildeste Massnahme auszuwählen (Meier, a.a.O., S. 158; Brandenburg, Das summarische Verfahren in der zugerischen Zivilprozessordnung, Diss., Zürich 1966, S. 91).

2. Vorerst ist zu prüfen, ob der Gesuchsteller seinen Rechtsanspruch glaubhaft gemacht hat.

2.1 Gemäss Art. 946 Abs. 1 OR darf eine im Handelsregister eingetragene Einzelfirma von keinem anderen Geschäftsinhaber an demselben Orte verwendet werden, selbst dann nicht, wenn er den gleichen Vor- und Familiennamen hat, mit dem die ältere Firma gebildet worden ist. Der neue Geschäftsinhaber hat in einem solchen Falle seinem Namen in der Firma einen Zusatz beizufügen, durch den diese deutlich von der älteren Firma unterschieden wird (Art. 946 Abs. 2 OR). Wer durch den unbefugten Gebrauch einer Firma beeinträchtigt wird, kann auf Unterlassung der weiteren Führung der Firma und bei Verschulden auf Schadenersatz klagen (Art. 956 Abs. 2 OR).

2.2 Ob sich zwei Firmen deutlich voneinander unterscheiden, hängt davon ab, ob für die optische und akustische Wahrnehmung des Wortbildes und -klanges der in Frage stehenden Einzelfirmen im üblichen Geschäftsverkehr eine Verwechslungsgefahr besteht, wobei eine gewisse Sorgfalt des im Geschäftsleben tätigen Lesers oder Hörers vorausgesetzt werden darf. Bei kürzerem Wortlaut steht der Gesamteindruck im Vordergrund. Bei längerem Wortlaut kommt es auf den besonderen Eindruck an, den die hervorstechenden Kennworte oder Merkmale der Firma erwecken. Grundsätzlich werden Sachbezeichnungen in der Einzelfirma strenger beurteilt, da für sie ein grösserer Auswahlspielraum zur Verfügung steht als für die gesetzlichen vorgeschriebenen Familiennamen (Altenpohl, Basler Kommentar, 2. A., Basel/Genf/München 2002, N 4 zu Art. 946 OR und dort zitierte Rechtsprechung).

2.3 Die Frage, ob im Bereich des Firmenrechtes ein einstweiliger Rechtsschutz möglich ist, entscheidet sich ausschliesslich nach kantonalem Prozessrecht. Im Firmenrecht ist jedoch beim Erlass vorsorglicher Massnahmen Zurückhaltung geboten, da das Unternehmen, dem der Gebrauch seiner Firma vorsorglich verboten würde, gezwungen wäre, diese Firma aufzugeben und eine neue anzunehmen, was praktisch nicht mehr rückgängig zu machen wäre (Altenpohl, a.a.O., N 14 zu Art. 956 OR).

2.4 (...)

Beide Firmen weisen den Familiennamen «X.» sowie den prägenden Bestandteil «Y.» auf und bezwecken den Handel mit und die Fabrikation von Y-Systemen, weshalb sich die beiden Firmen nicht deutlich unterscheiden.

Zudem sind beide Einzelfirmen an derselben Adresse domiziliert, was einer Verwechslungsgefahr Vorschub leistet. Dass es bei der Postzustellung schon zu Verwechslungen gekommen ist, wurde vom Gesuchsteller belegt. Somit wurde das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zumindest glaubhaft gemacht. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang der Umstand, dass in Z. eine Firma X. Consulting domiziliert ist, welche im Bereiche des Marketings tätig ist. Der Unterlassungsanspruch des Gesuchstellers im Sinne von Art. 956 Abs. 2 OR wurde mithin glaubhaft gemacht. Es kann daher offen bleiben, ob der Gesuchsteller seinen Unterlassungsanspruch auch auf das UWG abstützen könnte.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 17. März 2004

*§ 129 Ziff. 5 ZPO – Der Gesuchsteller verfügt im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung über die Verfahrensherrschaft.*

*Aus den Erwägungen:*

(...)

5. Im Rahmen der vorsorglichen Beweissicherung verfügt der Gesuchsteller über die Verfahrensherrschaft mit Bezug auf die seines Erachtens relevante vorprozessual anzuordnende vorsorgliche Abnahme gefährdeter Beweise. Deshalb ist ausschliesslich die Abnahme der von ihm beantragten Beweismittel möglich, nicht aber solche auf Begehren der Gegenpartei oder deren Anordnung von Amtes wegen. Die bei der Beweisabnahme zu beachtenden Mitwirkungsrechte der Gegenpartei sind auf Erläuterungsbegehren und geringfügige Ergänzungsanträge zum Gutachten beschränkt. Weitergehende Anträge der Gegenpartei müsste diese in einem selbständigen Beweissicherungsverfahren stellen (vgl. ZR 103 [2004] Nr. 6). Demzufolge sind die Zusatzfragen der Parteien dem Experten X. zur Beantwortung zu unterbreiten und der Antrag auf Anordnung einer Oberexpertise ist abzuweisen.

Kantonsgerichtspräsidium Zug, 22. März 2004